

## JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL COMISION IX

### EL PACTO SUCESORIO

Oscar Cesaretti

#### Introducción:

En cualquier tratado de sucesiones y aún manual, el lector encontrará los fundamentos de Vélez para la sanción prescripta en los arts. 1175 y 1176<sup>1</sup> del CC

Cierto es que la solución de Vélez enraizada en la tradición jurídica latina<sup>2</sup> fue suficiente mientras el desarrollo de la actividad económica estaba fundamentado en la explotación agrícola o artesanal.

Cuando la empresa se convierte en un objeto de derecho, y motor del capitalismo, la tradición romanística no resulta satisfactoria para conservar a esta nueva realidad.

Resulta necesario buscar nuevas alternativas para preservar aquello que es productor de beneficios tanto para sus titulares, como para la comunidad.<sup>3</sup>

Así, llegamos al nuevo artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC)<sup>4</sup>. Su primer párrafo reitera la prohibición del 1175 CC y concordantes, siendo lo relevante el segundo que dice:

“Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.”

El legislador en el CCC sigue la línea del Código Civil Italiano, del de Catalunya<sup>5</sup>, y de Aragón. Estos modelos a igual que nuestro 1010 CCC difieren

---

\* Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 918, junio 2015. <http://www.revista-notariado.org.ar/2015/06/>

<sup>1</sup> Ver igualmente los arts. 848, 3599, 3311 del C Civil.-

<sup>2</sup> El pacto sucesorio por el que se adoptan disposiciones sobre la sucesión futura de alguna de las partes instituyendo heredero o estableciendo un legado se ha considerado tradicionalmente una institución que se encontraba reclusa en los países de tradición germánica, o bien fue considerada en los países de tradición latina como una reminiscencia feudal, ha ido adquiriendo un mayor protagonismo en cuanto se ha constatado que se trata de un negocio jurídico útil para ordenar la sucesión, señaladamente para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. [www.indrit.com](http://www.indrit.com) Revista para el Análisis del Derecho. “Ley aplicable a los pactos sucesorios” de Albert Font i Segura Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra

<sup>3</sup> La recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994 (DOCE L 385, de 31 de diciembre de 1994) citada en obra consignada en punto ¿1? manifiesta la preocupación en el viejo continente de esta problemática de la continuación de la empresa familiar ante el régimen sucesorio.

<sup>4</sup> El tenor del artículo resulta totalmente novedoso ya que no existen antecedentes en los restantes anteproyectos de reforma del C Civil ni el de unificación sancionado como ley 24.037 y posteriormente vetado por el P.E.N.

<sup>5</sup> Para mayores detalles del régimen catalán ver Medina, Graciela “Empresa Familiar” LL 2010-E pag 930

sustancialmente del ensayado por el Código Civil Español en el art 1056<sup>6</sup> que expresa: “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo...” donde se observa la opción del legislador por la vía del testamento y no la figura del contrato que se menciona en los regímenes descriptos.

Por último el modelo del C.C.C. tiene un modalidad que no encontramos en el derecho comparado al cual hemos accedido y que ha puesto de manifiesto Favier Dubois “El pacto es una convención accesorio, vale decir que no podrá ser autónomo sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un “protocolo familiar”<sup>7</sup> o pacto de sindicación de acciones; aspecto que abordaremos al considerar la forma del mismo.

## **El Objeto del Pacto**

La terminología del derecho foral español adopta el término sucesión contractual para caracterizar los pactos de herencia futura; contraponiendo este concepto a sucesión testamentaria y la legal.

El nuevo derecho civil del CCC se enrola en esta tendencia, si bien limitada en cuanto al acervo que puede ser objeto del pacto de herencia, únicamente a la empresa familiar.

Esto porque de acuerdo al texto del 1010 CCC el pacto debe ser relativo a una explotación productiva<sup>8</sup> o una participación societaria, excluyendo de su objeto principal, al resto del eventual acervo sucesorio.

Como afirmáramos ut supra el objeto inmediato del pacto es o una explotación productiva o participaciones sociales que recaerán sobre un o unos determinados

---

<sup>6</sup> El texto original del C. Civil decía:” Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos .El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.” La reforma de dicho artículo por la ley 7/2003 del 1º de abril modificó el segundo párrafo conforme el siguiente tenor:” El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.” La norma ha sido criticada fundamentalmente por la indeterminación respecto del momento de cuantificación de la legítima a pagar en metálico por la existencia de dos normas en el Código de soluciones contradictorias. El artículo 818 CC establece la muerte del testador como el momento temporal a tener en cuenta en la valoración de los bienes entregados. Por su parte el artículo 1074 CC acoge el criterio del momento de adjudicación. Otro sector de la doctrina rechaza la supuesta contradicción alegando que el art 818 CC es aplicable para la reducción de las disposiciones inoficiosas y el 1074 CC se emplea para calcular el caudal relicto. Serrano Cañas, José Manuel “El cambio generacional en empresas familiares” pag 98 y nota 40 Ed. Marcial Pons. Madrid.2013

<sup>7</sup> Favier Dubois, Eduardo “La empresa familiar frente al nuevo código civil y comercial”. Errepar DSE 21-11-2014

<sup>8</sup> La expresión explotación productiva es acorde a la derogación de los actos de comercio del antiguo art 8 del C de Cm.

legitimarios que hemos denominado como legitimarios-beneficiarios; pero como dice la norma estableciendo "...compensaciones a favor de otros legitimarios". Los otros legitimarios serán los no beneficiarios de la explotación productiva o participaciones sociales. Y si establecemos compensaciones para los otros legitimarios, estamos extendiendo el objeto del pacto en forma indirecta a otros bienes que no conformen la explotación productiva o participaciones sociales.

Difícilmente el pacto con atribución a favor de determinados legitimarios (beneficiarios) y compensación a los restantes; pueda comprender la totalidad del acervo al momento del fallecimiento del futuro causante, y a falta de disposiciones testamentarias el patrimonio remanente de las previsiones contractuales será regido por la sucesión legal del CCC.

Volviendo sobre el objeto del pacto, el concepto de "participaciones sociales"<sup>9</sup> es comprensivo de cualquiera de los tipos sociales regulares de la ley 19550, incluido el supuesto de "Asociación bajo forma de sociedad" del art 3 de la Ley de Sociedades<sup>10</sup>, las comprendidas en el nuevo art 17 y 21 de la ley societaria reformada por el CCC y las del art 31 L.S ya que la norma no exige que la actividad empresarial sea ejercida directamente por la sociedad cuyas participaciones sean objeto del pacto.

Si bien el texto no distingue al referirse a participaciones societarias y sería abarcativo de cualquier tipo social, tal condición es necesaria pero no suficiente ya que se refiere a "con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial"; lo que nos lleva a considerar que las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podría ser objeto del pacto, por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes o servicios.<sup>11</sup>

En el derecho italiano, la caracterización de los pactos de familia surge de la reforma del 14 de febrero 2006 del en el art 768 bis "È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti." Aunque una de las finalidades del "patto di famiglia" del derecho italiano sea preservar bienes productivos del riesgo del fraccionamiento o disgregación, la técnica del legislador nacional ha sido más precisa al consignar como ya lo expresáramos que los pactos son con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial.

## Los Sujetos del Pacto.

Respecto de los sujetos que pueden ser partes, podemos observar diferentes modalidades de pactos<sup>12</sup>, respecto de los sujetos que intervienen.

---

<sup>9</sup> Idéntica terminología utiliza el C.Civil Italiano en el art 768 bis

<sup>10</sup> Ver Ley 13744 de Agrupamientos Industriales de la Prov. de Buenos Aires.

<sup>11</sup> Balestra, Luigi "Il patto di famiglia a un anno dalle sue introduzioni" Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, pag 1049 y la cita de autores de opinión contraria Diciembre 2007 Nro 4 Ed Giuffrè. Tassinari, Federico "Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela del legittimari" en Problemas de Actualidad pag 814/I Giurisprudenza Commerciali 33.5 Septiembre-Octubre 2006. Ed Giuffrè.

<sup>12</sup> Código Civil Italiano art 768 bis caracteriza al pacto de familia como un contrato; el Código Civil de Catalunya en el Título III La sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte su Capítulo I se refiere a Los Pactos Sucesorios arts 431-1 y ss; Código de Derecho Foral de Aragón Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo dando a entender conforme la doctrina la prevalencia de la sucesión contractual sobre la testamentaria y la legal

Futuro causante, cónyuge-como legitimario-, legitimarios y legitimarios que revistan el carácter de beneficiarios<sup>13</sup> del pacto, respecto de la explotación productiva o participaciones sociales como determina el art 1010 CCC. El cónyuge podrá asumir diferentes roles, será legitimario, exclusivamente cuando el matrimonio hubiera adoptado el régimen de separación de bienes (art 505 CCC) y el pacto recayere sobre bienes de exclusiva titularidad del futuro causante. Téngase presente que conforme el art 2433 CCC el cónyuge en el régimen de separación respecto del acervo hereditario concurre con los descendientes por cabeza

Cuando el matrimonio hubiera adoptado el régimen de comunidad (art 463 CCC), ya que la reforma mantiene la calificación histórica de bienes propios y gananciales y el régimen de comunidad a la extinción de la sociedad conyugal (art 475 CCC); por lo que el cónyuge detendrá un doble rol. Disponiendo respecto de la cuota ganancial que le corresponderá (art 498 CCC) y legitimario si en el acervo sucesorio existieran bienes propios (art 505 1º párrafo CCC)

Al margen del futuro causante y cónyuge la legislación propone en términos novedosos respecto del derecho comparado el “pacto de empresa familiar” sin la comparencia de los primeros, es decir entre los legitimarios descendientes exclusivamente.<sup>14</sup>

Hemos descripto que el pacto podía conformarse en tres variantes principales en las dos primeras el rol del cónyuge estaba determinado por el régimen patrimonial del matrimonio y la tercera en la cual no participaban el futuro causante y cónyuge siendo partes exclusivamente los legitimarios.

Veamos cuando se modifica este cuadro de sujetos intervinientes y como puede o no afectar al pacto.

1º.-Preterición de algún legitimario, sean que vivan a la fecha del pacto o que nazcan a la apertura del sucesorio del futuro causante.

En las reglas del testamento y antes de la reforma del CC por la ley 17711 el art 3715 anulaba la institución del heredero. La referida reforma expresamente optó por la solución contraria y no invalida la institución hereditaria, salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido.

2º.- Matrimonio del futuro causante posterior al pacto.

El art 2514<sup>15</sup> del CCC establece que el matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anterior otorgado.

Consideramos que la respuesta a estos interrogantes, y muchos más que la práctica profesional nos planteará debe partir de determinar la naturaleza de estos pactos.

Como primera observación a tal fin vemos que el CCC lo establece en el Libro Tercero Derechos Personales Título II Contratos en General y como una excepción a que la herencia futura no puede ser objeto de contrato.

---

<sup>13</sup> Denominamos legitimarios-beneficiarios aquellos que revistiendo tal carácter las estipulaciones referidas a futuros derechos hereditarios han sido concertadas en su beneficio.

<sup>14</sup> Consideramos que esta alternativa es pausable ya que la práctica nos ha demostrado que el cambio generacional en la gestión de la empresa familiar reviste una gran dificultad, y la alternativa de la regulación entre los legitimarios por sí es una forma de prevenir los eventuales conflictos. Para profundizar la temática “El cambio generacional en empresas familiares” Serrano Cañas, José Manuel. Ed Marcial Pons

<sup>15</sup> La nueva redacción del CCC mejora el texto del 3826 del C.C. y adopta la postura de la doctrina y jurisprudencia al establecer expresamente que “...excepto que en este se instituya heredero al cónyuge o de que sus disposiciones resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio”

El Código Civil Italiano por la ley del 14 de febrero de 2006 n.55 introdujo bajo la denominación “Del patto di famiglia” en el título IV referido a la división de la herencia del libro II que trata el régimen sucesorio.

Si bien una apreciación metodológica respecto donde insertar una norma no permite en hermenéutica establecer su naturaleza jurídica, es claro que estamos no ante un negocio mortis causa; sino ante un contrato entre vivos, por lo que las reglas testamentarias no serían de aplicación.<sup>16</sup>

Si bien hemos considerado no aplicable las reglas testamentarias, nos resta considerar la situación en la que el o los disponentes hubieran omitido a un legitimario.

El legislador no ha insertado en el artículo comentado una referencia como la expuesta en el artículo 768-quater del C.C. Italiano<sup>17</sup> “Partecipazione. Al contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore”, sin embargo siendo el presupuesto de validez de los pactos la no afectación de la legítima, la preterición de un legitimario no tendrá otro efecto que la inoponibilidad del mismo al omitido. (art 1021 CCC), pero sí de tal circunstancia resultare la afectación de su legítima la no validez del contrato sería el resultado.

Como situación conflictiva de la eventual omisión de un legitimario, y respetada que sea la legítima con los bienes no incorporados al pacto, cabe analizar si éste puede oponerse a la adjudicación de la “explotación productiva o las participaciones sociales” resultante del pacto a favor de los otros legitimarios beneficiarios.

Si bien el pacto le resulta inoponible al omitido, no podemos sostener que éste sea inválido por cuanto el remanente del patrimonio del causante satisface la legítima del legitimario omitido.

Consideramos que la incorporación del régimen de atribución preferencial de los arts. 2380/ 2381 del CCC permite sostener que el legitimario-respetada que sea su cuota de la legítima-no podrá oponerse a la adjudicación preferencial que implica el pacto del art 1010 del CCC.-

La conditio iuris del pacto de familia del derecho argentino es la no afectación de la legítima, sea de los otorgantes del pacto o en forma indirecta de los no partícipes si del tenor del mismo resultare la afectación de esta. NO ENTIENDO ESTE PARRAFO.

Téngase presente que el nuevo CCC ha modificado la porción legítima de los descendientes (art 2445 CCC) dando mayor espacio para la libre disponibilidad del futuro causante; y consideramos que éste podrá afectar la porción de libre disponibilidad por medio del pacto de familia, cuando sea necesaria para preservar la unidad de la explotación productiva o evitar la división de las participaciones sociales. El nuevo art.

---

<sup>16</sup> Conforme Tassinari, Federico “Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari” en Problemas de Actualidad pag 811/1 Revista Giurisprudenza Commerciale Nro 33.5 setiembre-octubre 2006. Ed Giuffrè.

<sup>17</sup> Aunque el legislador italiano ha determinado quienes deben revestir el carácter de partes del contrato ha omitido la eventual sanción por su violación. La sanción de nulidad del nuevo texto se relaciona por la violación a la forma impuesta (art 768 ter). Para mayor complejidad de los doctrinarios italianos el art 768 sexies establece “All'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'articolo 768-quater, aumentata degli interessi legali.” Dificultando la conciliación de ambos preceptos. Para algunos autores Vitucci, Paola “Ipotesi sul patto di famiglia” pag 473 el referido art 768 sexies es aplicable para el supuesto de legitimarios devenidos como tales a posteriori del pacto de familia respecto de los cuales su derecho hereditario estaría reconducido a un derecho creditorio. Para Oppo, Giorgio “Patto di Famiglia e Diritto della famiglia” pag 442 se plantea que sucede con el pacto con nuevos legitimarios anteriores a la apertura de la sucesión, considerando que el pacto debe ser abandonado o reformulado. Ambos comentarios en Revista di Diritto Civile 2006 Nro 4 julio-agosto. Ed. Cedan

2448 CCC (Mejora a favor de heredero con discapacidad), establece que el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente... además de la porción disponible y no observamos inconveniente en extender esta interpretación al pacto de familia a fin de preservar la estabilidad del mismo<sup>18</sup>.

En el “patto de famiglia” del derecho italiano, como habíamos comentado el art 768-quarter establece la participación del cónyuge y los legitimarios, no estableciendo sanción para el caso de una eventual omisión. Pero a diferencia del derecho nacional el nuevo sistema del CC Italiano altera sustancialmente el régimen sucesorio al establecer el art relacionado que los bienes que reciban los contratantes<sup>19</sup> están exentos de la acción de colación o reducción.

El derecho nacional se encuentra muy lejos de esta alternativa de crear un régimen autónomo sucesorio por la aceptación del pacto del art 1010 CCC.

Sus efectos son específicamente limitados, y como expresáramos sujetos a la no violación de la legítima tanto de las partes como aquellos legitimarios que no lo han sido<sup>20</sup>.

### **Las formas del pacto**

A diferencia del CC italiano cuyo art. 768 ter expresamente establece bajo pena de nulidad el otorgamiento del mismo por acto público, el CCC no realiza mención alguna al respecto.-

Como hemos expresado no constituye una partición por donación en la cual la existencia de bienes raíces determinará la forma escritura pública (art 1017 inc. 1 CCC), ni una partición testamentaria que recepta las formas autorizadas para el testamento, es claro que el legislador ha optado por la libertad formal ( arg art 1015 CCC).

Como habíamos expresado, el pacto de herencia es una convención accesorio, vale decir que no podrá ser autónomo sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un “protocolo familiar” o “pacto de sindicación de acciones”, conforme surge del tenor del art. 1010 CCC; ambos instrumentos gozan de libertad respecto de la forma a ser otorgados, y podrán ser otorgados en diferentes oportunidades, satisfaciendo la vinculación entre sí como condición de la referida norma.

Es decir la relación entre ambos instrumentos será de conexidad conforme el art 1073 CCC ya que “se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común...”

Si el instrumento relativo a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos hubiera sido otorgado por escritura pública la característica de conexidad no determina que el pacto a ser otorgado a posteriori sea accesorio para ser aplicable el art 1017 inc. b) del CCC.

Igualmente gozando el pacto de herencia futura del carácter de una partición anticipada de la masa hereditaria,- ya que la unidad productiva o las participaciones sociales- son atribuidas preferencialmente a determinado legitimario-beneficiario; tal carácter de operación tampoco impone la forma de escritura pública (arg art, 2369 CCC)

Sin lugar a dudas la determinación de la opción de escritura pública estará determinada por la matricidad que implica la misma. La gravitación del pacto de

---

<sup>18</sup> Ver art 2414 CCC que en la partición por el ascendiente sea por donación o por testamento permite la disposición de la porción disponible en el referido acto en tanto se manifieste expresamente.-

<sup>19</sup> El término “contraenti” del art 768-quarter también dificulta interpretar si se refiere a los legitimarios-beneficiarios (assegnatari para la doctrina italiana) o es extensivo a todos los contratantes. Tassinari, Federico. Ob Cit pag 817/I.

<sup>20</sup> Si el art 1010 CCC establece la validez del pacto aunque no sean parte el futuro causante y su cónyuge con mas razón pueden no ser parte algún descendiente

herencia en la futura vida de la empresa familiar ¿terminará? inequívocamente a los actores jurídicos de la opción de la escritura notarial.

Igualmente, dada la naturaleza de los intereses en juego en el pacto de herencia futura, y siguiendo el modelo del C.C. de Cataluña<sup>21</sup> consideramos aconsejable que los respectivos Colegios de Escribanos dicten una normativa que haga factible la inscripción de los mismos en el respectivos Registros de Actos de última Voluntad.

## Los efectos

La primera observación que debemos consignar es que el pacto de herencia futura en el nuevo derecho argentino, no reviste el carácter de pacto institorio ya que no instituye la calidad de herederos, la misma, está dada por el ordenamiento legal y no es disponible por la autonomía de la voluntad.

Tampoco avala o faculta en forma directa o tangencial a una afectación de la legítima respecto de algún heredero forzoso, estando sujeta la validez del pacto al respecto a la referida institución.

Ergo la validez del pacto será evaluada en oportunidad de la apertura de la sucesión, ya que el futuro causante conserva la titularidad de los bienes, pudiendo resultar de esta circunstancia, que las previsiones del pacto a dicho momento resultaren lesivas a la legítima.

¿Es similar la validez de un pacto que en forma originaria, es decir desde su suscripción, determina la violación de la legítima, de aquel que suscripto respetando las cuotas legitimarias deviene en una violación de las mismas?

Consideramos que ambos supuestos no son asimilables, en el primero de los supuestos el pacto in totum estará afectado en cuanto a su validez; en el otro caso se estará a dicha consecuencia en tanto y en cuanto los remedios para recomponer las cuotas legitimarias afectaren la atribución preferencial realizada por el causante, impidiendo la finalidad económica del mismo que era la conservación de la unidad de gestión empresarial. Nos enfrentamos en este caso a la “Frustración de la finalidad” del contrato conforme lo determinado en el art 1090 del CCC “La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración...” Si el legitimario-beneficiario ¿no? puede recomponer<sup>22</sup> la

---

<sup>21</sup> Artículo 431-8. Publicidad de los pactos sucesorios.

1. Los pactos sucesorios deben hacerse constar en el Registro de Actos de Última Voluntad en la forma, en el plazo y con el alcance establecidos por la normativa que lo regula. A tal fin, el notario que autoriza la escritura que los contiene debe hacer la comunicación precedente.

2. Los heredamientos y las atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento y que no hayan sido transmitidos de presente o de los bienes inmuebles que sean objeto de una atribución particular.

3. Si los heredamientos o atribuciones particulares incluyen o tienen por objeto acciones nominativas o participaciones sociales, pueden hacerse constar, en vida del causante, en los respectivos asentamientos del libro registro de acciones nominativas o del libro registro de socios.

4. Si la finalidad de un pacto sucesorio es el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro Mercantil con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los protocolos familiares, sin perjuicio que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo.

<sup>22</sup> El art 2454 del CCC faculta al donatario a entregar una suma de dinero a sus coherederos para completar el valor de la legítima afectada. Igualmente para reforzar esta alternativa el 2375 CCC reiterando conceptos del C Civil establece respecto de la partición que “Aunque los bienes sean

cuota legitimaria de los coherederos estará afectada la validez del mismo, y el juez deberá proseguir el sucesorio por la vía de la sucesión intestada es decir y a fin de aclarar este concepto el haber sucesorio será objeto de partición conforme las previsiones del CCC.

Otro efecto que cabe consignar y tangencialmente se enunció al exponer la frase La Sucesión Contractual al principio de esta entrega, es que el pacto de herencia futura es una partición<sup>23</sup>, que impedirá la existencia parcial de la comunidad hereditaria respecto de los bienes atribuidos al legitimario-beneficiario. A diferencia de la partición testamentaria el pacto de herencia futura es un contrato, ergo acto inter-vivos, y la partición testamentaria como su nombre lo indica un acto de última voluntad; pero ambos buscan el efecto de obviar la comunidad hereditaria.<sup>24</sup>

Para el pacto de herencia futura la no existencia de comunidad hereditaria es parcial, ya que el objeto del pacto no es la totalidad de los bienes del futuro causante- como ya expresáramos- sino exclusivamente los consignados en el art 1010 del CCC.

Como habíamos comentado el pacto es un contrato inter vivos pero que surtirá efecto a partir de la apertura del sucesorio de futuro causante; y a más de aspectos relacionados a la afectación o no de la legítima a dicho momento, cabe que los bienes objeto del mismo ya no existieran en el patrimonio por lo que, el contrato carecería de objeto.

El pacto de herencia futura donde al legitimario-beneficiario se le atribuye la explotación productiva o las participaciones, no puede implicar la renuncia a la integridad de su cuota legitimaria ya que el CCC mantiene que las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas.<sup>25</sup>

Puede el pacto de herencia como contrato conexo a un protocolo familiar pre-establecer una determinada mecánica para el avalúo de los bienes objeto de éste. Y si ese mecanismo o alternativa de valuación afecta la legítima del legitimario-beneficiario, será considerada una renuncia anticipada o una violación al art 2447, que determina “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas...” Ciertamente no se puede considerar que las eventuales valuaciones que expusiera el futuro causante en el protocolo o en el pacto pueden revestir cualquiera de los caracteres enunciados, ni tampoco tendrán fuerza vinculante respecto de los legitimarios.

El valor que se le debe asignar es de orden moral exclusivamente, el futuro causante ha justificado la atribución de los bienes objeto del pacto, procurando demostrar que no afectará la legítima de los restantes legitimarios; pero tal circunstancia jurídicamente tan solo se podrá verificar a la apertura del sucesorio. En consecuencia si no hay acuerdo entre los legitimarios respecto de los valores de los bienes atribuidos vía pacto al legitimario-beneficiario y los restantes legitimarios se estará a la partición judicial ( art 2371 inc. c del CCC) y la formación de los lotes deberá respetar la atribución preferencial a favor del legitimario-beneficiario conforme surge del 2377 CCC.

---

divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes”. Se nos dira que las participaciones sociales son divisibles, pero justamente partir las mismas frustra el contrato que tenía por finalidad conservar la unidad de gestión empresarial, para asegurar la continuidad de la empresa familiar.

<sup>23</sup> “Una partición hecha por el ascendiente entre sus descendientes en su testamento, por ejemplo, puede impedir ab inicio, la relación de comunidad o indivisión...” Zanoni, Eduardo Derecho de las Sucesiones Tº II pag 611 Ed Astrea tercera edición.

<sup>24</sup> “Si la partición hecha por los ascendientes no comprenden todos los bienes que dejan a su muerte, el esto se distribuye y divide según las reglas legales” dice el art 2412 CCC.

<sup>25</sup> Art 2286 CCC



Conteste el legislador de la situación que puede originarse respecto de los valores de la explotación productiva o las participaciones sociales desde el pacto hasta la apertura del sucesorio y a fin de preservar la continuidad de la empresa familiar, las correspondientes hijuelas podrán ser cubiertas con dinero<sup>26</sup> (art 2377 CCC); confiriendo para el caso de existir una atribución preferencial (art 1010 CCC) la posibilidad de que el saldo a satisfacer represente más de la mitad del valor del lote. Y en caso de espera para las operaciones de equilibrio de las hijuelas, los saldos juegan en función del mayor o menor valor de los bienes atribuidos cuando las variaciones resultaren apreciables con relación al valor asignados a los lotes.

A diferencia del modelo español comentado en nota 23, no existe de parte del legislador plazo para el pago para respetar las hijuelas, se estará, en consecuencia, al acuerdo entre los legitimarios. Si la intención es preservar la empresa familiar que desde el punto de económico es un bien social, la solución española del plazo máximo legal resulta más satisfactoria; en este caso el legislador nacional ha razonado con un concepto individualista.-

El Fideicomiso sus diferencias.

## EL FIDEICOMISO

El CCC ha introducido diversas modificaciones a la ley 24.441. Así tenemos el art 1671 que establece que tanto el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario pueden ser beneficiarios.<sup>27</sup>

“La cuestión zanja una discusión con la ley actual en la que la doctrina mayoritaria, que compartimos, entiende que el fiduciario no puede ser al mismo tiempo beneficiario, lo que ocurre generalmente en el fideicomiso financiero donde el acreedor bancario es fiduciario y beneficiario, por implicar necesario conflicto de intereses. Sin embargo, en materia de empresas familiares nos parece que la reforma es buena ya que permitirá que, dentro del mismo grupo de la familia empresaria, uno de los herederos beneficiarios del plan de sucesión en la propiedad de la empresa, sea a la vez el fiduciario encargado de cumplir la manda del protocolo.”<sup>28</sup>

El fideicomiso en el ámbito de la empresa familiar se ha analizado desde la óptica de la transferencia por parte del fiduciante de aquellas participaciones que revistan el carácter de “bienes”(art 1º ley 24.441), aplicable para las acciones y las

---

<sup>26</sup> El art 1056 del C. Civil de España establece “...El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones...” . La filosofía de ambas normas coinciden en procurar la continuidad de la empresa familiar; la expresión de efectivo extrahereditario resulta superflua. La eventual deuda que asuma el legitimario-beneficiario con la atribución preferencial será de él y no de la empresa representada por la “participaciones sociales” atribuidas.

<sup>27</sup> Otras de las reformas a destacar es la recepción del fideicomiso de garantía Art 1680 CCC) zanjando las discusiones respecto de la validez que originara su omisión en la ley 24.441; el art 1669 CCC respecto de la forma al imponer la inscripción en el Registro Público que corresponda, no exento de críticas.

<sup>28</sup> Favier Dubois, Eduardo (h) . “La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial” Errepar DSI 21-11-14

cuotas de sociedad de responsabilidad limitada; habiendo señalado la doctrina que aquellas participaciones sociales correspondientes a sociedad colectiva, comandita simple, capital e industria no podrán ser objeto de fiducia en razón de no revestir el carácter de “bienes”<sup>29</sup>. Con la sanción del nuevo régimen de derecho privado el codificador ha previsto en el art 1670 CCC que puede ser objeto del contrato de fideicomiso “todos los bienes que se encuentren en el comercio...”. Una primera lectura nos podría llevar a considerar que la observación de Favier Dubois(p) e (h), ha perdido vigencia por la reforma comentada; pero como nos ha expresado el autor si el fiduciario se tornare titular de participaciones de una sociedad colectiva, no sería factible el régimen de responsabilidad del tipo social dado la separación patrimonial que establece el art 1685 del CCC entre el patrimonio fideicomitado y el patrimonio del fiduciario.

Veamos los ejemplos en los cuales el contrato de fideicomiso ha sido utilizado:<sup>30</sup>

#### 1.-El fideicomiso societario para cumplir el protocolo de la empresa familiar

En este fideicomiso, el padre o los familiares que detentan acciones al momento de su constitución las transfieren como “fiduciantes” a un tercero, el “fiduciario”, quien las recibe para cumplir el protocolo y administrarlas a favor de los “beneficiarios”, que pueden ser los propios fiduciantes o sus herederos, y para transmitirlos, en el momento indicado o al final del fideicomiso, a favor de los “fideicomisarios”, que también pueden ser los propios “fiduciantes” y/o “sus herederos”.

Ahora bien, cuando las “instrucciones” o “mandas” del fiduciario son las cláusulas del propio protocolo de la empresa familiar, este fideicomiso permite dar “cumplimiento cierto” a diversas previsiones para la estructuración de las relaciones entre la familia y la empresa. Es que por efecto de este fideicomiso societario, las decisiones que deban adoptarse por la asamblea en cumplimiento del protocolo familiar serán votadas por el fiduciario sin interferencias por arrepentimiento, concurso o muerte de los accionistas y familiares.

#### 2. Los fideicomisos societarios con objeto especial

Puede ocurrir que por diversas razones culturales, de oportunidad, de costos, de falta de consensos, no se decida constituir de una vez un fideicomiso societario global, para cumplir todo lo acordado en el protocolo, sino que se formalicen, parcial y sucesivamente, fideicomisos, solo sobre ciertos objetos específicos como son los siguientes:

##### a) Fideicomiso para la distribución actual de acciones entre los familiares

Se refiere únicamente a ese capítulo del protocolo relativo a “la distribución de la propiedad entre los familiares”.

Se limita a instrumentar el “anticipo de herencia” a favor de los hijos del fundador, mediante un fideicomiso que mantiene al padre como beneficiario y a los herederos como fideicomisarios, pero con revocación simple, lo que le da enormes ventaja sobre la donación de acciones con reserva de usufructo.

##### b) Fideicomiso para la programación de la sucesión en la propiedad

---

<sup>29</sup> Favier Dubois, Eduardo(h) y Eduardo (p) “Los Fideicomisos en La Empresa Familiar” “ Ello no pasa con las participaciones sociales de las sociedades de interés (colectiva, capital e industria, comandita simple) y/o el capital solidario de la sociedad en comandita por acciones, que no pueden ser objeto de un fideicomiso en tanto no se trata de “bienes determinados” en los términos del art. 1º de la ley 24.441, sino de un “status socii” absolutamente personalizado y que comporta derechos, obligaciones, atribuciones, incompatibilidades y responsabilidades ilimitadas que exceden dicha noción” Errepar DSCE XXIII Año 2011.-

<sup>30</sup> Seguimos en este tema a los autores citados en nota anterior en lo que esta relacionado con la transmisión sucesoria.

Este fideicomiso se refiere solo al capítulo del protocolo relativo al “proceso de sucesión en la propiedad y en la gestión”.

Se trata de un fideicomiso por el cual el padre transfiere las acciones al fiduciario, queda como beneficiario y fideicomisario pero dispone que, a partir de su muerte, pasen a ser beneficiarios y fideicomisarios sus herederos.

Puede también incluirse en la manda el voto del fiduciario designando como administrador de la sociedad a la persona que, según el protocolo, debe estar a cargo del relevo generacional en la gestión de la empresa.

Cabe señalar que con un efecto similar, aunque con diversa naturaleza, puede hacerse, aún en caso de no existir un protocolo familiar, un “fideicomiso testamentario” relativo a la sucesión en la gestión y en la propiedad, y con el objeto de que se cumpla el plan de empresa del fundador-testador.

### **Las conclusiones:**

1.- Técnicamente el art 1010 del CCC no constituye un pacto institorio, ya que no instituye la calidad de herederos, la misma, está dada por el ordenamiento legal y no es disponible por la autonomía de la voluntad.-

2.-El pacto reviste carácter contractual, su eventual modificación en todo o en parte estará sujeto al consentimiento de los otorgantes del mismo.

3.- Las atribuciones conferidas a los legitimarios-beneficiarios revisten carácter irrevocable, salvo su modificación conforme el apartado anterior. En el contrato de fideicomiso el fiduciante se puede reservar la facultad de revocar el mismo (art 1697 inc. b CCC)

4.- Tanto el pacto como el fideicomiso constituyen actos inter-vivos, y no actos de última voluntad. Queda a salvo del fideicomiso testamentario

5.- El pacto tiene efecto traslativo a partir de su suscripción respecto de los otorgantes, ya que el derecho de los legitimarios-beneficiarios a la explotación productiva o a las participaciones societarias se incorpora a su patrimonio en forma irrevocable, estando sujeto la materialización del mismo a la apertura del sucesorio. En el fideicomiso la propiedad de los bienes fideicomitados pasa al fiduciario que asume ante los terceros el carácter de dominus. (art 1704 CCC) de un dominio imperfecto<sup>31</sup>, limitado a la manda de la constitución del fideicomiso y sin el carácter de perpetuidad propio del dominio perfecto.

6.- En el pacto el futuro causante mantiene el dominio pleno de los bienes objeto del pacto, y constituyen prenda común de sus acreedores. En el fideicomiso el fiduciante pierde el dominio de los bienes<sup>32</sup> y estos están a salvo de la acción de sus acreedores-salvo fraude.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup>“Es necesario distinguir el negocio fiduciario del dominio fiduciario.” “Aunque el asunto no es tan sencillo, el límite estaría dado por el objeto: si el negocio fiduciario tiene por fin transmitir el dominio de las cosas, habrá dominio fiduciario; si se transmiten al fiduciario otra clase de bienes, se aplicarán las normas que correspondan a su naturaleza...” Lisoprawsi, S y Kiper, C “Fideicomiso, Dominio Fiduciario, Securitización” pag 163 Ed Depalma Con igual criterio Orelle, Armella, Cause en “Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción Ley 24.441 T° 1 pag 81. Ed Ad Hoc

<sup>32</sup> La doctrina se ha expresado respecto de la reserva de derechos que el fiduciante puede establecer en el contrato de fideicomiso en base a las previsiones de los arts 25 inc b) y 17 de la ley 24.441. En el CCC arts 1688, 1697 inc b) y 1703 al establecer que es “posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en las disposiciones del Capítulo 30 y del presente Capítulo” En extenso ver A. Mariano Gonzalez “El Fideicomiso de Acciones” pag 87 y ss quien resalta “que los derechos que convencionalmente se reserva el fiduciante no podrán en ningún momento invadir el campo de las decisiones que son privativas del fiduciario...”

<sup>33</sup> A. Mariano Gonzalez “El Fideicomiso de Acciones” pag 40 y ss Editorial Ad Hoc

7.- En el pacto sucesorio todos los legitimarios conservan el derecho a mantener incólume su porción legítima. El fideicomiso igualmente en cualquiera de sus modalidades no se apto para violar la legítima de los herederos forzosos (“Vogelius, Angelina c/Vogelius, Federico”, se entendió que el fideicomiso a favor de herederos forzosos constituía una donación colacionable (JA. 2006 III 726).

8.- Al mantenerse el régimen sucesorio legal e igualmente las disposiciones sobre la legítima, el legitimario omitido o sobreviviente conserva las acciones correspondientes. Igual conclusión cabe consignar cuando el fiduciante no conserva bienes suficientes en su patrimonio para respetar la legítima de un heredero forzoso que no revistiera el carácter de beneficiario o fideicomisario

9.- Los bienes no comprendidos en el pacto por su objeto se distribuyen y dividen según las reglas legales. Igual conclusión respecto de los bienes no fideicomitados.

10.- En el pacto los legitimarios no beneficiados con la asignación del futuro causante por omisión deben respetar la correspondiente asignación en la medida que se conforme su cuota legitimaria, igualmente el legitimario sobreviviente. Los legitimarios que no revistan el carácter de beneficiarios y/o fideicomisarios en la medida que no esté afectada su legítima no tendrán acción de impugnación respecto del fideicomiso ya que los bienes fideicomitados no conforman la masa partible (art 2376 CCC) al no ser de titularidad del causante

11.-El pacto no puede incorporar renuncia anticipada de la legítima (art 2449 CCC). Igual conclusión respecto del fideicomiso

12.- Los legitimarios beneficiarios de la asignación por el pacto reciben los bienes a título sucesorio. Los beneficiarios y/o fideicomisarios no los reciben a título sucesorio sino a título (causa) cumplimiento del plazo o condición de la fiducia.

13.-La asignación en el pacto sucesorio de la unidad productiva o de las participaciones sociales determina que dichos bienes no conforman la indivisión y no serán objeto de partición entre los restantes legitimarios del causante. Podrá existir partición entre los legitimarios-beneficiarios de la asignación cuanto esta fuere en parte pro indivisa.-

14.- El pacto es una convención accesoria, vale decir que no podrá ser autónomo sino que deberá estar dentro o vinculado directamente a un “protocolo familiar” o “pacto de sindicación de acciones” o (art 1010 CCC). El fideicomiso es un contrato accesorio igualmente vehículo de un contrato subyacente en el pacto de fiducia.<sup>34</sup>

15.-La incorporación del pacto sucesorio al derecho privado nacional no implica la construcción de un nuevo orden moral.<sup>35</sup>

16.- Ambos institutos podrán coadyuvar al desarrollo de las futuras generaciones de la empresa familiar. El pacto sucesorio constituye una partición anticipada de determinados bienes, manteniendo el dominio pleno en cabeza del causante, y sujeto dicho patrimonio a los riesgos empresariales. El contrato de fideicomiso garantiza la integridad del patrimonio fideicomitado e indirectamente cumple idéntica función ya que el beneficiario mediando la aceptación incorpora a su patrimonio el derecho al patrimonio fideicomitado.

---

<sup>34</sup> Favier Dubois, Eduardo (h) y Eduardo (p) ob cit nota 26 “El fideicomiso no es un negocio en sí mismo sino un vehículo neutro respecto de un negocio subyacente”

<sup>35</sup> Con una postura absolutamente crítica al régimen del CCC véase a Córdoba, Marcos en “Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado” en Revista de derecho de familia y las personas. Ed La Ley. Diciembre de 2013 Año V. N° 11 así como a Laje, Alejandro en “Pactos sobre herencias futuras” en la misma publicación Mayo 2014 Año VI. N° 4

17.-La calidad de beneficiario salvo pacto en contrario del contrato de fideicomiso puede ser objeto de transmisión por acto entre vivos o mortis causa (art 1671 CCC); la calidad de legitimario-beneficiario en el pacto sucesorio-previa a la apertura del sucesorio- no es cedible (art 1010 1º párrafo CCC) pero si transmisible vía sucesoria en ejercicio del derecho de representación (art 2429 CCC).-